

O ESTUPRO COMETIDO PELO MARIDO

Marcelo Cury

Advogado, Ex-aluno da Faculdade de Direito de Bauru - ITE, Especialista em Direito Processual Civil

1. À GUISA DE INTRODUÇÃO: UM "ACIDENTE DE LEITURA"

Folheando excelente artigo doutrinário do saudoso Darcy Arruda Miranda sobre o crime de atentado violento ao pudor, deparamo-nos com pequeno e lacônico parágrafo cujo conteúdo, a nosso ver, "destoava" das demais e percucientes considerações do autor. É que após concluir que a mulher pode ser vítima de atentado violento ao pudor praticado por seu marido, sustentou o mestre que, "No entanto, se o marido usa de violência para exigir da espôsa, a prestação conjugal do coito normal, não se pode falar aí em estupro"¹. Ou, com outras palavras: o marido não poderia ser sujeito ativo no crime de estupro cometido contra a esposa.

Estupefatos, relemos com redobrado interesse o texto, em busca de algum erro de impressão, como uma equivocada troca de palavras, pois não concebêramos que o eminente autor pudesse sustentar algo que, *prima facie*, se desnuda tão anacrônico.

O artigo, porém, não tinha qualquer erro de impressão; era aquilo mesmo. Nossa impressão é que estava errada.

De qualquer forma, reputamos tal entendimento à idade do texto, na certeza de que hoje haveria até mesmo súmulas a infirmá-lo, pelo que, por curiosidade, resolvemos buscá-las.

¹"Do Atentado Violento ao Pudor". In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos (Divisão Jurídica). Bauru: EDITE, jan./mar. de 1967, nº 3, p. 20.

Mas não as achamos. E não as achamos porque inexistem. Aliás, na jurisprudência encontramos apenas raríssimos e tímidos arestos a entenderem possível a penalização do marido que estupra a própria esposa. Daí porque uma urgente investigação doutrinária nos pareceu oportuna, no afã de aplacar um pouco o desconforto que aquela estupefação inicial suscitara. E nada melhor do que começar com nosso maior penalista.

2. VOZES TRADICIONAIS

Escreveu Nélson Hungria, em sua obra monumental:

"Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento). A cópula intra matrimonium é recíproco dever dos cônjuges. O próprio Codex Juris Canonici reconhece-o explicitamente (cân. 1.013, § 1º): Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarium mutuum adiutorium est remedium concupiscentiae. O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de exercício arbitrário das próprias razões, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito (art. 19, nº III). É bem de ver que solução diversa tem de ser dada no caso em que a mulher se recuse à cópula por achar-se o marido afetado de moléstia venérea. Já aqui, o marido, ao invés de pretender exercer um direito, está incidindo na órbita do ilícito penal (art. 130 do Código Penal)".²

Galdino Siqueira, aliás, já sustentava, em obra anterior à acima citada que

"Se a cópula normal é lícita entre os cônjuges, deixa, porém, de sê-lo quando circunstâncias relevantes ocorrem, como, por exemplo, a de se encontrar o marido afetado de moléstia venérea contagiosa, caso em que a mulher, opondo-se à cópula por ele procurada, o faz ilicitamente, pois opõe-se à prática do crime previsto no art. 130".³

²Comentários ao Código Penal. Rio: Forense, 1959, vol. VIII, p. 125-6.

³Tratado de Direito Penal. Rio: José Konfino, 1947, tomo III (Parte Especial), p. 258.

De qualquer forma, foi o conceito de Hungria que, em maior ou menor grau, que serviu de esteio à doutrina de grandes juristas sobre o tema.

Assim é que E. Magalhães Noronha ensinava que

"As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíprocos dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não pode se opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não pode se furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido. (...) A mulher que se opõe a relações sexuais com o marido atacado de moléstia venérea, se for obrigada por meio de violências ou ameaças, será vítima de estupro. (...) A nosso ver, portanto, a relação sexual violenta entre cônjuges, quando a mulher se apóia em razões inequivocamente morais e justas, pode constituir o delito em apreço".⁴

E vemos que Paulo José da Costa Júnior, ainda hoje, diante da discussão sobre se o marido pode ser sujeito ativo do crime de estupro (contra a própria esposa), sustenta:

"Quer-nos parecer que não, pois o estupro pressupõe a cópula ilícita, e a prestação sexual é dever recíproco dos cônjuges. Estará, pois, o marido exercitando um seu direito, se o fizer regularmente. Isto significa que poderá responder pela violência física excessiva que venha a empregar para compelir a esposa à cópula".⁵

Não compreendemos como possa a doutrina tradicional sustentar-se nos dias de hoje, por razões que trataremos adiante. Mas é ela – também em maior ou menor grau – que parece predominar em nossos Tribunais, com o que, de certa forma, se dá carta branca aos maridos estupradores (cf. RT 274/170 e RF 180/327), sendo certo que estes, por vezes, sequer respondem pelas lesões corporais provocadas na vítima (cf. RT 461/444).⁶

⁴Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1964, 3º vol., p. 130-2; destacamos.

⁵Direito Penal – Curso Completo. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 501.

⁶Este último julgado, da 1ª Câmara Criminal do então Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara, tem duas particularidades, que serão mencionadas posteriormente.

3. O ESTUPRO "EM PRINCÍPIO"

A posição do Prof. Damásio Evangelista de Jesus talvez mereça ser examinada à parte.

Coloca-se o mestre entre aqueles que entendem que o marido pode ser sujeito ativo do crime de estupro cometido contra a própria esposa:

"Embora com o casamento surja o direito de manter relacionamento sexual, tal direito não autoriza o marido a forçar a mulher ao ato sexual, empregando contra ela violência física ou moral que caracteriza o delito de estupro. Não fica a mulher, com o casamento, sujeita aos caprichos do marido em matéria sexual, obrigada a manter relações sexuais quando e onde este quiser".⁷

Em seguida, porém, afirma que a mulher

"Não perde o direito de dispor de seu corpo, ou seja, o direito de se negar ao ato sexual, desde que tal negativa não se revista de caráter mesquinho. Assim, sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, desde que ela tenha justa causa para a negativa".⁸

Ora, não cremos que tal conclusão, em que se condiciona a configuração do ilícito à ausência de mesquinhez da mulher ao recusar-se à cópula, se amolde bem ao raciocínio anteriormente elaborado, daí porque a posição de Damásio parece se aproximar daquela adotada por Noronha, pois o que se investiga, em última análise, é se o marido tem o direito de constranger a esposa à conjunção carnal independentemente de ter esta "razão justa" ou não para recusar-se ao ato, já que a norma do art. 213 do Código Penal tutela a liberdade sexual da mulher e, para exercitar esse direito, não há, por óbvio, necessidade de "justa causa".

No mais, falando-se em "razões morais e justas", como Noronha, ou "justa causa", como Damásio, subtrai-se da discussão a essência mesma da relação sexual forçada: o desejo, ou melhor, a ausência dele, a ensejar a recusa à cópula e assim a configuração do ilícito penal.

O tema da recusa da mulher ao ato sexual dito "normal" também será melhor analisado depois, quando se tratar do desinteresse do Direito Penal em tutelar direi-

⁷Direito Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 3 (Parte Especial), p. 96. Cf. também: Código Penal Anotado. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 655-6.

⁸Op. cit., p. 96; destacamos.

tos conjugais violados. Mas fica feita, por ora, esta ressalva à posição do mestre, que, a nosso ver, *concessa venia*, situa-se numa zona intermediária entre a velha e a nova doutrina, visto que não desarraigada completamente de parte dos fundamentos daquela e condicionante demais para conectar-se a esta.

4. OUTRAS VOZES

Como anotam Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior,

"O crime de estupro nada mais é do que o delito de constrangimento ilegal (CP, art. 146), mas visando à conjunção carnal, sendo que esta, por si mesma, não é crime autônomo. Assim, embora a relação sexual voluntária seja lícita ao cônjuge, o constrangimento ilegal empregado para realizar a conjunção carnal à força não constitui exercício regular de direito (CP, art. 23, III, 2ª parte), mas, sim, abuso de direito, porquanto a lei civil não autoriza o uso de violência física ou coação moral nas relações sexuais entre os cônjuges".⁹

Também partidários da responsabilização penal do marido que estupra a esposa, são citados pelo mesmo autor Nilo Batista, João Mestieri, Aniello Nappi e Damásio Evangelista de Jesus.¹⁰

E também podemos nos lembrar do escólio de Julio Fabbrini Mirabete, para quem "há crime na conjunção carnal forçada do marido contra a esposa por ser incompatível com a dignidade da mulher".¹¹

Tais argumentos, a nosso ver, são irrespondíveis nos dias que correm, bem lhes servindo, como vestimenta, uma jurisprudência moderna, inteligente e sensata. E urgente.

5. UM ESTUDO TALVEZ DEFINITIVO

Foi o advogado e professor João Mestieri, na obra formidável que lhe valeu o título de doutor em Direito,¹² quem, no já distante ano de 1982, tratando do estu-

⁹Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 393. Cf. também, de Celso Delmanto, o artigo "Exercício e abuso de direito no crime de estupro" (RT 536/257 – Junho de 1980), em que ficou registrado: "Entendemos que a posição penal tradicional, favorável ao marido e vexatória para a mulher, é fruto de tabu herdado de eras menos civilizadas e que não se compadece com a época em que vivemos. Além de imoral e degradante, é insustentável do ponto-de-vista jurídico penal" (destacamos).

¹⁰Continuamos a entender, *data venia*, que a adesão deste último jurista à corrente moderna não parece ser absoluta.

¹¹Código Penal Interpretado. São Paulo, Atlas, 1999, p. 1245-6.

¹²Do Delito de Estupro. São Paulo: Ed. RT, 1982.

pro, melhor analisou a espécie, aniquilando por completo os fundamentos que sempre adargaram a doutrina e a jurisprudência tradicionais.

De fato, em seu estudo, talvez definitivo acerca do delito de estupro, refere o eminente autor que

"A doutrina está ainda muito longe de aceitar a figura do estupro por marido. Na verdade, a maioria dos autores¹³ prefere a concepção tradicional, vendo no débito conjugal e no exercício regular de direito as colunas mestras da licitude do comportamento".¹⁴

E diz, registrando certas "concessões":

"De maneira geral, os que não admitem o estupro entre cônjuges excluem da esfera de licitude a conjunção carnal anormal (Calón), qualquer desafogo ilícito (Carrara), a cópula perigosa para o sujeito passivo (Manzini), máxime quando constitua ilícito penal, v.g., marido portador de moléstia venérea (Hungria)".¹⁵

Vale citar, nesse passo, o resumo que Mestieri faz da argumentação de Hungria:

"o estupro pressupõe cópula ilícita (fora do matrimônio), sendo a cópula intra matrimonium recíproco dever dos cônjuges. Procura justificar a licitude da violência sexual praticada pelo marido citando o princípio de Direito Canônico expresso no Cânon 1.013, § 1º, sobre o fim primário do matrimônio e a causa de exclusão da antijuridicidade do art. 19, III, C. Penal".¹⁶

Muito bem, colocada tal premissa, que embasa, mais ou menos intensamente, a doutrina tradicional, João Mestieri passa a analisar o tema sob os princípios do Direito Canônico, do Direito Civil e do Direito Penal, desossando-a por completo em todas essas três esferas.

6. DIREITO CANÔNICO: UMA INVOCAÇÃO EQUÍVOCA DA DOUTRINA TRADICIONAL

Após exaustiva investigação dos cânones que fundamentam a natureza do ma-

¹³São citados Hungria, Fragoso, Chrysolito de Gusmão, Cuello Calón, Maggiore, Carrara, Manzini, G. Laredo, Osório, Mendonza Durán e Chaveau e Hélie.

¹⁴Op. cit., p. 35.

¹⁵Op. cit., p. 36.

¹⁶Op. cit., p. 36; destacamos.

trimônio, conclui Mestieri que o Cânon 1.013 § 1º não pode e nem deve ser invocado como suporte para justificar a violência sexual cometida contra a esposa, pois

"O ius coeundi, em si considerado, refere-se (...) ao finis secundarius do matrimônio, ao remedium concupiscentiae. O ius procreatio-nis ligado ao bonum prolis, refere-se ao finis primarius (Cân. 1013 § 1, C.J.C.). A intenção de excluir a prole torna inexistente o matrimônio, apenas nesse sentido, a reserva quanto ao ius coeundi é fundamento para a actio nullitatis matrimonii".¹⁷

Dessarte - remata -, o cônjuge inocente não encontra, no Direito Canônico, remédio algum para compelir o outro cônjuge à prestação sexual, em si um *finis secundarius*.

"Não poderá, obviamente, à luz dos princípios canônicos, forçar o outro cônjuge à prestação sexual. A única atitude lícita é a de lançar mão da faculdade do Cânon 1.131 § 1 e obter do Ordinário ou, excepcionalmente, do Tribunal, a separação temporária com a conseqüente abstenção dos deveres correspondentes".¹⁸

7. DIREITO CIVIL E DÉBITO CONJUGAL: UMA HIPÓTESE DE "DIREITO SUBJETIVO COMO PRETENSÃO"

Sobre o prisma do Direito Civil, vale a pena citarem-se as seguintes observações do autor:

"Nas relações pessoais entre os cônjuges, alguns direitos subjetivos acham-se ligados a deveres ou funções; outros, não obstante, direitos subjetivos egoístas, são reconhecidos, tendo-se principalmente em vista o interesse do próprio titular. No primeiro caso o direito é considerado como meio indispensável ao implemento de uma função familiar; no segundo, a satisfação de prestação pessoal, de direito adquirido em decorrência do matrimônio, mas não conectado a uma especial função ou necessidade do organismo familiar. A esta classe pertence, indubitavelmente, o débito conjugal, a obrigação de manter relações sexuais com o outro cônjuge, um dos direitos e obrigações recíprocos imanentes do matrimônio. É hipótese de direito subjetivo como pretensão posto que o dever jurídico correspondente esteja sancionado apenas indiretamente".¹⁹

¹⁷Op. cit., p. 40.

¹⁸Op. cit., p. 41.

¹⁹Op. cit., p. 43-4.

Ora, sendo, assim, o débito conjugal um dos deveres e obrigações recíprocos dos cônjuges, na noção do dever de coabitação (art. 231, II, do Código Civil), indaga-se: qual o remédio que os sistemas jurídicos põem à disposição do titular do direito subjetivo para compelir o cônjuge faltoso à cópula indesejada? Poderá ele – questiona Mestieri – ser compelido, *manu militari*, ao congresso sexual? É possível, frente à letra e ao espírito do sistema jurídico civil brasileiro, a utilização da violência sexual praticada contra o cônjuge para obrigá-lo a sofrer cópula lícita, invocando-se, em defesa, o art. 160, I, do Código Civil?

A resposta há de ser dada examinando-se uma outra questão: assiste ao marido o direito de recorrer à força policial para compelir a mulher a retornar à habitação conjugal?

Washington de Barros Monteiro, que traduz o pensamento da doutrina brasileira a respeito, diz que não: "O emprego de meios coercitivos deve ser arreado de modo absoluto. Não se compadece com a respeitabilidade do lar, nem com a dignidade da mulher, recondução desta, *manu militari*, ao domicílio comum".²⁰

Ora, se assim é, ou seja, se não é lícito ao marido coagir a mulher a retornar ao lar ou a não abandoná-lo, do mesmo modo não poderá, em nenhuma hipótese, recorrer à violência para obter a conjunção sexual. Por outro lado, não haverá "exercício regular" de um "direito" reconhecido naquele comportamento primitivo, pois embora exista o direito, não haverá, na hipótese, exercício regular.

Mas tornemos a João Mestieri:

"No caso de recusa injustificada em satisfazer o débito conjugal o cônjuge poderá pleitear a terminação da sociedade conjugal consoante o disposto no art. 5º da lei citada.²¹ A capitulação da recusa injustificada em manter relações sexuais entre os casos de injúria grave deve-se, como lembra Faria Coelho, ao fato da omissão da lei neste particular, não prevendo especificamente a hipótese na enumeração do art. 317, C. Civil, o mesmo se dando na lei do divórcio"²².

8. DIREITO PENAL E "EXERCÍCIO ILÍCITO" DE DIREITO

Já na seara do Direito Penal, argumenta o Prof. Mestieri que o direito do marido à prestação sexual, incontestável, não lhe enseja o uso de violência para compelir a mulher ao congresso indesejado:

"Distinguimos existência do direito de exercício de direito, enten-

²⁰Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1986, vol. 2 (Direito de Família), p. 111.

²¹Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

²²Op. cit., p. 51.

doendo porém que ambas as realidades devem entrar na composição da causa de justificação ou, se preferirmos, na apreciação da licitude ou ilicitude do comportamento. No estupro por marido temos exercício ilícito de direito e portanto ato ilícito penal, porque típico".²³

Em suas conclusões finais sobre o assunto, que também acreditamos virtualmente esgotado, João Mestieri, tangenciando o "ridículo inimaginável" que, nos dias de hoje, constituiria o exercício do pretense "direito marital à cópula", cita o Prof. Hans Welzel, que já observara com pertinácia:

"Marido e mulher estão obrigados, sem dúvida, juridicamente, a levar vida conjugal, mas da infração desse dever derivam somente conseqüências para a existência do matrimônio. Seu cumprimento – de acordo com a concepção atual da liberdade pessoal – não pode ser imposto e muito menos colocado sob tutela penal!"²⁵

Mas nenhum fecho poderia ser mais feliz que o de Nilo Batista, também lembrado no final do trabalho comentado, recado mordaz aos defensores da licitude do estupro praticado pelo marido:

"A posição predominante pode ser assim sintetizada: o marido não pode cometer violência contra a mulher, salvo se for para obrigá-la à conjunção carnal. Se isto faz algum sentido, é o sentido de que a bestialidade e o desrespeito só encontram guarida no matrimônio"²⁶

9. ALGUMAS REFLEXÕES

Esta breve – e por certo incompleta – investigação, até porque "acidental", como advertimos no início, já bem mereceria um fim, visto que está a alongar-se, contra nossa intenção, demasiadamente. Mas talvez comporte algumas reflexões.

A primeira delas é: merecem repulsa os autores clássicos antes citados, uns por terem sustentado, outros por ainda sustentarem, a doutrina tradicional acerca do tema? Claro que não, continuam tão clássicos como sempre, merecendo ser lidos e relidos ao longo dos tempos.

²³Op. cit., p. 57.

²⁴Op. cit., p. 57-8.

²⁵El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Barcelona, 1965, p. 55.

²⁶Decisões Criminais Comentadas. Rio: LIBER-JURIS, 1976, p. 71; destacamos.

O que não significa dizer que equívocos não foram cometidos, seja de concepção, seja de cômoda repetição.

Mas tal fato, segundo imaginamos, pode ser explicado.

É que talvez até mesmo o gênio de um Hungria tenha sucumbido às exigências patriarcais de seu tempo, em que a submissão da mulher aos caprichos do homem era quase que regra moral, daí a sustentação daquele "direito" do marido, o que inclusive não deixa de ser um tanto contraditório, pois o mesmo tratadista, em sua obra clássica, também aduzia que "Nem mesmo a autêntica prostituta, isto é, a mulher que acede *au premier passant*, despejada mercadora do amor (...), francamente entregue ao *exercitum vulvivagae veneris*, perde o direito ou liberdade de escolha sexual".²⁷

Por outro lado, embora seus Comentários ao Código Penal constituam mais de 4.500 páginas do mais rico, erudito e rigoroso estudo do Direito Penal Brasileiro, monumento jurídico que é, dedicou-se apenas uma dezena de linhas à sustentação do – chamemos assim – direito do marido saudável²⁸ de estuprar a esposa. E isso nos parece sintomático. Porque talvez não houvesse muito mesmo a ser escrito em prol da tese tradicional. Daí porque continuamos, evidentemente, a nos submeter ao gênio de Nélson Hungria.

Mas o pouco que foi escrito, sobre por certo ter servido aos costumes e à doutrina da época, ainda hoje vem servindo de base à – *data venia* – intolerável jurisprudência prevalente, e assim aos doutrinadores tradicionais renitentes e avessos a reformulações teóricas, como se doutrina e jurisprudência houvessem, sobre o tema, firmado um pacto sinistro, dizendo esta àquela: "Não tocai em mim, que eu não mexerei convosco. Deixemos tudo exatamente como está".

10. A PREMISSA QUE FEZ ESCOLA

Mas vejamos. Qual o ponto nevrálgico do entendimento de Hungria, que vê licitude na violência empregada pelo marido para obrigar sua esposa a copular? É a de que a "cópula ilícita", "pressuposta" pelo delito de estupro, é simplesmente a "cópula fora do casamento".

Ora, cópula ilícita, na realidade, é aquela que contraria o Direito, inclusive se ocorrente dentro do matrimônio.

É que a licitude da conjunção carnal entre os cônjuges não decorre, no nosso sentir, do débito conjugal. Decorre, isto sim, do fato de não contrariar o Direito, até porque a infringência do débito conjugal não gera conseqüências penais, ou seja, não interessa ao Direito Penal. Quando muito, a falta à prestação sexual, direito e dever recíproco dos cônjuges que é, poderá constituir injúria grave a ensejar a postu-

²⁷Op. cit., p. 125.

²⁸Isto é, sem doença venérea

lação de separação judicial, tal qual ocorre quando um dos cônjuges viola, v.g., o dever de fidelidade.

Assim, não se pode dizer que a licitude da cópula filia-se exclusivamente ao matrimônio. Do contrário, será admitir-se que, para estuprar sem ser punido, bastará ao marido estuprador respeitar a liberdade sexual e a dignidade de todas as esposas do mundo – menos da sua. Porque por mais violenta e estúpida que fosse a conjunção carnal ela seria "lícita" porque havida dentro do matrimônio. Ora, isso é, realmente, de um absurdo inimaginável.

Entretanto, aquela premissa (cópula ilícita = cópula fora do casamento), infelizmente, "pegou", fazendo escola e jurisprudência.

11. O TIPO PENAL: DESNECESSIDADE DE JUÍZO DE VALOR. PRINCÍPIOS DA TIPICIDADE E DA RESERVA LEGAL

Mas não é só. Um outro aspecto é de ser tratado.

O art. 213 do Código Penal situa-se no Capítulo I do Título VI de sua Parte Especial, ou seja, encontra-se no Capítulo onde se elencam os "CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL", razão pela qual não há dúvida de que o objeto jurídico do crime de estupro é a liberdade sexual da mulher. De que mulher? De qualquer mulher! Inclusive das citadas por Nélson Hungria, quando diz que é irrelevante à caracterização do estupro o estado ou qualidade da mulher: "solteira, virgem ou não", "casada ou viúva", "velha ou moça", "honestas ou impudicas", "incorrutas ou devassas", "monjas ou prostitutas".²⁹

E quem é que pode cometer o delito de estupro? De acordo com a redação do art. 213 do Código Penal, somente o homem, visto que a locução "conjunção carnal" só pode implicar a relação sexual entre um homem e uma mulher, sendo certo que se somente a mulher pode ser vítima, somente o homem poderá agente. Mas que homem? Qualquer homem! Inclusive o marido, pois o tipo não faz qualquer distinção, ou ressalva, quanto ao sujeito ativo.

Ora, a velha máxima de que se o legislador não distinguiu não poderá o intérprete fazê-lo é de ser aplicada. No mais, é de se invocar também a lição do Prof. Cezar Roberto Bittencourt, que, ao tratar da tipicidade,³⁰ doutrina que o tipo penal não compõe-se exclusivamente de elementos objetivos-descriptivos (que são os identificados pela simples constatação sensorial, referindo-se a objetos, seres, animais, coisas ou atos perceptíveis pelos sentidos), mas também é integrado, por vezes, de elementos normativos (que são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa, implicando um juízo de valor, servindo como exemplos as expressões "hones-

²⁹Op. cit., p. 125.

³⁰Que é uma decorrência natural do princípio da reserva legal - *nullum crimen nula sine praevia lege*.

to", "sem justa causa", "alheia", etc.) e elementos subjetivos (que como definidos por Wessels são as "circunstâncias que pertencem ao campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor").³¹

Ora, no caso do delito de estupro cremos não estarem presentes, no tipo do artigo 213, elementos que demandem complexa atividade valorativa, que impliquem aquele "juízo de valor" para se estabelecer quem é que pode ser agente e vítima, contendo o tipo, sim, e apenas, elementos objetivos que não oferecem nenhuma dificuldade de compreensão, como sejam: "constranger", "mulher", "conjunção carnal", "violência", "grave ameaça".³²

Assim, se qualquer mulher pode ser vítima de estupro (porque o tipo não fala em "mulher honesta", "mulher virgem", etc.), e só podendo o homem cometer esse crime, sobretudo porque não há qualquer exceção quanto ao sujeito ativo, é de se concluir que qualquer homem pode cometer o crime, inclusive, é óbvio, o marido contra a própria esposa, até porque, frise-se, a norma penal do artigo 213 do Código Penal visa a proteger a liberdade sexual da mulher, não direitos e deveres conjugais violados.

Tal conclusão, dessarte, é de se impor até mesmo em face do princípio da tipicidade e, em última análise, do princípio da reserva legal, assegurado constitucional e processualmente.

12. ATENTADO VIOLENTO À RAZÃO

Vemos, com Darcy de Arruda Miranda, que o marido pode ser sujeito ativo no crime de atentado violento ao pudor, verbis: "Se o marido pretendendo usar de seus direitos maritais, quiser obrigar a espôsa a sujeitar-se ao coito *per anum*, ou à *felação* e ela se insurge, resistindo, e é subjulgada e violentada, assim, no seu pudor, erige-se o ato em atentado violento ao pudor, correspondendo o fato a uma sevícia ou injúria grave, condição básica para uma ação desquite".³³

Excelente o argumento. Mas como não se admiti-lo no caso de estupro?

Pois não se pode imaginar, à luz da razão, como a conjunção carnal "normal" forçada pode ser menos injuriosa para a mulher, pois que estamos a falar de violência, de violência sexual, e o objeto jurídico do crime de estupro, repita-se, é justamente a liberdade sexual da mulher.

Incompreensível, assim, por qualquer ângulo que se examine a questão, a doutrina tradicional, com a máxima vênia dos doutos.

³¹Teoria Geral do Delito. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 87-8.

³²Anoto-se que João Mestieri, em sua tese, entendendo que o legislador deu inadequado relevo aos meios executivos, na definição do crime de estupro, e que este deve ser redigido de forma a que o verbo ativo principal expresse o núcleo do tipo, propôs uma nova redação: "Ter conjunção carnal com mulher mediante violência física ou moral" (op. cit., p. 19-21). Sem discutir-se a pertinência de tal proposta, creio restar incólume a questão da clareza do dispositivo atual no que toca aos sujeitos ativo e passivo.

³³Loc. cit., p. 20.

13. A (AINDA) NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

A obra jurídica de que mais nos servimos, nestas notas, sem sombra de dúvida, foi a do Prof. João Mestieri, que veio a lume seis anos antes da Constituição de 1988, Carta que equiparou, finalmente, o homem e a mulher em termos de direitos e deveres na condução da sociedade conjugal, na dicção do § 5º de seu art. 226. E já naquela época – 1982 – o autor deixara assentado que "A licitude do estupro por marido é o último reduto do absolutismo do chefe da *domus*, em que pesem os malabarismos jurídicos com que se procura, mesmo em nossos dias, justificar semelhante despropósito".³⁴

Mas, mesmo com o atrofiamento total do "poder despótico do chefe do clã" a que alude Mestieri³⁵, diante da nova ordem constitucional, inaugurada a partir de 1988, a jurisprudência de nossos Tribunais ainda não disse adeus à velha doutrina, muito embora, como já dito, mesmo nela se verifiquem preciosas, ainda que tímidas, insurgências.³⁶

Assim, de fato, não tendo o passar dos anos comovido os Tribunais, nem desinibido os tímidos, pouco se vê, na jurisprudência atual, a amparar a possibilidade de o marido figurar como agente no crime cometido contra a esposa, merecendo destaque, por isso mesmo, recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relatado pelo eminente Desembargador Sílvio Teixeira, com a seguinte ementa: "ESTUPRO - Cônjuge - Lesões corporais - Ameaça - Prova. Pode o crime de estupro ser praticado contra cônjuge. Nos crimes sexuais, clandestinos por excelência, a palavra da vítima merece credibilidade, se não contrariada por elementos sérios de prova. Se as lesões corporais leves foram praticadas em contexto diverso do delito sexual, por elas responde o agente em concurso material. Se a ameaça de causar mal injusto e grave é feita a alguém de maneira inequívoca, caracteriza-se o tipo do artigo 147

³⁴Op. cit., p. 34; destacamos.

³⁵Op. cit., p. 42.

³⁶Voltando ao julgado inserto na Revista dos Tribunais nº 461, publicada em março de 1974 e já referido na nota nº 6 deste trabalho, vê-se que o réu, denunciado por ter provocado lesões corporais na esposa, ao constrangê-la a manter conjunção sexual normal, foi absolvido por dois fundamentos, quais sejam: insuficiência de provas quanto ao uso da violência, ou, quando assim não fosse, aplicabilidade da excludente de exercício regular de direito. Embora mantida, por unanimidade, a sentença de primeira instância, o Juiz Buarque de Amorim divergiu da maioria no que tocava à licitude do constrangimento da mulher à conjunção carnal, asseverando: "Na minha opinião, quem constrange a outrem a manter consigo relações sexuais, através de ameaça ou de violência física (ainda que seja o marido), está sujeito a processo e respectivas sanções penais" (loc. cit., p. 444). Frise-se que esse mesmo acórdão suscitou interessante artigo intitulado "Exercício Regular de Direito", do Procurador do Estado de São Paulo Euclydes Buchalla, então redator criminal da "Revista dos Tribunais", publicado naquele mesmo volume, na p. 471, que prestigiou o ponto de vista do eminente Juiz vencido, assim aduzindo: "A violência, no caso, assume proporções criminosas, respondendo, quem a pratica, pelas consequências dela resultantes para a vítima, sem se falar do aspecto moral do caso, pois o 'homo medius' repele conduta como a que teve o truculento e boçal marido. Mesmo que se tratasse de recusa reiterada, não tinha direito ao uso da força, mas, sim à ação civil cabível na espécie".

do CP" (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - Apelação nº 775 - RJ - Rel. Des. Silvio Teixeira - J. 30.09.97).³⁷

14. SE A QUESTÃO DEBATIDA É PERTINENTE

Malgrado o inegável avanço constitucional em prol da equiparação de homens e mulheres em direitos e obrigações, é de se indagar se no âmbito criminal essa equiparação é efetiva, e se estas nossas notas, enfim, fazem algum sentido.

A resposta à primeira indagação, lamentavelmente, é negativa, pois a mulher, embora constitucionalmente equiparada ao homem em termos de direitos e deveres, ainda vê no sistema penal brasileiro meio deficiente, quando não ineficaz, de proteção contra a violência sexual.

Não é demais lembrar que, nos crimes sexuais, não se julga apenas o agente; a vítima também é "julgada". De fato, o "histórico sexual" desta é sempre levado em conta, fundamentando, por vezes, absurdos decretos absolutórios.

E é muito elevado o número de ocorrências policiais que têm por objeto agressões contra a integridade física e contra a liberdade sexual da mulher. Uma grande parte, aliás, cometida pelos próprios maridos ou companheiros.

Em pesquisa elaborada por Cristina C. Pacheco, através da qual se analisou a temática da violência contra a mulher, tendo como ponto de partida o Sistema da Justiça Criminal, relata-se que

"Os estudos realizados demonstram que, ao contrário do que prevêem os estereótipos, nos crimes de estupro, vítima e ofensor se conhecem na maioria das vezes. Em sua grande parte, tal delito é praticado nas relações de parentesco, profissionais e de amizade em geral (maridos, chefes, amigos) e não por homens anormais. Em menor escala é praticado por estranhos. O sujeito passivo nas denúncias feitas, envolve desde vítimas com pouco meses de idade, até a sexa ou octogenárias, muito embora sua grande incidência seja contra as jovens".³⁸

Há, porém, que se reconhecer que apesar dessa realidade a imensa maioria dos casos de estupros cometidos pelos maridos ou companheiros contra suas esposas ou companheiras "se resolve em casa", dando azo, quando muito, a separações

³⁷ Destaque-se também, no mesmo sentido, julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, lembrado por Mirabete em sua obra já citada: "Não há falar em relação sexual admitida, com base em alegação de congressos carnavais anteriores, pois até o marido pode ser sujeito ativo desta espécie de delito (RJTJERGS 174/157)" (op. cit., p. 1246).

³⁸ "Sistema da Justiça Criminal: A Lógica Atuação nos Crimes Sexuais e de Lesão Corporal em que A Mulher É Vítima" In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos (Divisão Jurídica). Bauru: EDITE, ago./nov. de 1997, nº 19, p. 172.

judiciais ou dissoluções familiares informais, pois se humilhante já é à mulher estuprada dar início à perseguição criminal de seu algoz, expondo-se às vicissitudes vexatórias decorrentes desse tipo de processo (que, no mais, é "sigiloso" apenas teoricamente), a iniciativa da esposa ou companheira estuprada pelo marido ou companheiro é ainda mais constrangedora, até porque pode gerar – e normalmente gera – reflexos sociais irreparáveis.

Mas acreditamos que isso se dá não apenas em virtude do vexame ou do constrangimento experimentado pela mulher casada ao movimentar a máquina judiciária contra o próprio marido, mas também porque, diante da posição jurisprudencial prevalente, há uma grande carga de pessimismo quanto ao sucesso de uma eventual ação penal, fato que talvez justifique o pequeno número de casos levados a julgamento e a aridez jurisprudencial dela decorrente.

De qualquer forma, parece ser inquestionável a necessidade de uma revisão jurisprudencial acerca dos crimes sexuais cometidos contra a mulher, que deve, é evidente, partir de algum ponto.

E talvez já se tenha partido: vê-se, no Anteprojeto do Código Penal, posto em discussão pública através da Portaria nº 232, de 24 de março de 1998, do Gabinete do Ministro da Justiça, que os crimes sexuais ganharam Título próprio (Título II da Parte Especial: "DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL"), logo após o Título referente aos crimes contra a pessoa, com o que se empresta maior relevância ao objeto jurídico tutelado pela norma, inclusive topograficamente.

É claro que essa proposta de alteração legislativa é insuficiente, é quase nada em relação ao problema maior; mas já é algo.

Entretanto, a revisão jurisprudencial, fundada na corrente doutrinária mais moderna, no sentido de que o marido (ou companheiro) pode, sem sombra de dúvida, ser sujeito ativo no crime de estupro cometido contra a esposa (ou companheira), independentemente de qualquer alteração legislativa, é medida que, embora intempestiva, urge, para que velharias abomináveis comecem, enfim, a ser exterminadas.

De fato, se a doutrina moderna, quase que à unanimidade, reviu a antiga concepção, por que a jurisprudência se mantém à margem dessa evolução, ou, no mínimo, se omite? Até quando um pressuposto equivocado será repetido mecanicamente através dos tempos e Pretórios, ad nauseam?

O que precisamos, enfim, é repensar o tema. Rever posições. Ceder à obviedade da evolução humana e do Direito. Julgar e advogar, enfim, com coragem, arrostando os velhos tabus com a lâmina fina da inteligência e da sensatez.

Quanto à segunda indagação (se estas notas são pertinentes), escusamo-nos de respondê-la; poderão dizer sobre elas os doutos, em debate mais amplo.

15. UMA ÚLTIMA NOTA

Comemorou-se, não faz tempo, o cinquentenário da Declaração Universal dos

Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, sendo oportuno fazer ecoar a advertência da Procuradora do Estado e Prof^a. Flávia Piovesan:

"Há que se reiterar que os direitos humanos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais, como afirmou a Declaração de Viena de 1993. Não há direitos humanos sem a plena observância dos direitos das mulheres, ou seja, não há direitos humanos sem que metade da população mundial exerça os direitos e as garantias mais fundamentais".³⁹

Já é hora, assim, do enterro sem honras do bárbaro "direito marital de estuprar a esposa". Que o lancemos numa cova funda e erma, para ser esquecido para todo o sempre.

³⁹"Sem as mulheres os direitos não são humanos". In: Juízes para a Democracia (publicação oficial da Associação Juízes para a Democracia). São Paulo, out./dez. de 1998, nº 15, p. 20.

BIBLIOGRAFIA

- BATISTA, Nilo. *Decisões Criminais Comentadas*. Rio de Janeiro: LIBER-JURIS, 1976.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: RT, 1997.
- BUCHALLA, Euclides. *Exercício Regular de Direito*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, março de 1974, nº 461.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal - Curso Completo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DELMANTO, Celso. *Exercício e abuso de direito no crime de estupro*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, junho de 1980, nº 536.
- DELMANTO, Celso, et al. *Código Penal Comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, vol. VIII.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, vol. 3 (Parte Especial).
- _____. *Código Penal Anotado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MESTIERI, João. *Do Delito de Estupro*. São Paulo: RT, 1982.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MIRANDA, Darcy de Arruda. *Do Atentado Violento ao Pudor*. In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos (Divisão Jurídica). Bauru: EDITE, jan./mar. de 1967, nº 3.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, vol. 2 (Direito de Família).
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1964, 3º vol.
- PACHECO, Cristina C. *Sistema da Justiça Criminal: A Lógica Atuação nos Crimes Sexuais e de Lesão Corporal em que A Mulher É Vítima*. In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos (Divisão Jurídica). Bauru: EDITE, ago./nov. de 1997, nº 19.
- PIOVESAN, Flávia. *Sem as mulheres os direitos não são humanos*. In: Juizes para a Democracia (publicação oficial da Associação Juizes para a Democracia). São Paulo, out./dez. de 1998, nº 15.
- SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal - Parte Especial*. Rio de Janeiro: José Konfino - Editor, 1947, tomo III.
- WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Barcelona, 1965.